

Einleitung

GRAF-PETER CALLIESS, LORENZ KÄHLER

Theorien über das Recht sind alles andere als selbstverständlich. Recht als eine rechtsfolgen- und damit handlungsorientierte und nicht nur diskursive Praxis funktioniert augenscheinlich, ohne dass die Rechtsanwender eine vertiefte Kenntnis davon haben müssen, was sein Begriff ist und in welcher Beziehung es zur Moral steht. Viele Fragen der Rechtsphilosophie und -theorie können dafür offenbleiben. Wäre es anders, dürfte man von einem juristischen Laien kaum die Einhaltung des Rechts verlangen. Er soll sich nicht erst mit Rechtstheorie beschäftigen müssen, um zu wissen, was von ihm verlangt ist. Das theoretische Verständnis von Recht gehört – von Grenzfällen abgesehen – nicht zu seinen Funktionsbedingungen. Womöglich liegt bereits hierin, in der praktischen Nichtangewiesenheit auf eine Theorie über das Recht, eine wichtige Einsicht in das Recht. Dieses lässt sich theoretisch durchdringen, ohne dass man in seiner Anwendung darauf angewiesen wäre. Damit wird eine Theorie über das Recht, die seinen Begriff und seine Eigenschaften erklärt, nicht unwichtig. Allerdings sollte die alltägliche Anwendung des Rechts auch ohne theoretische Kenntnis gelingen. Gleiches gilt freilich auch für andere gesellschaftliche Praktiken, etwa die Vornahme einer Tiefbohrung. Hier wie da sollten uns die Allgenwärtigkeit von und das Angewiesensein auf Intuition und implizites Wissen nicht am Versuch hindern, explizites Wissen in Form von Theorien herzustellen.

Wie steht es dabei mit Theorien im Recht? Sie enthalten in generalisierter Form Aussagen zur Dogmatik des geltenden Rechts, die in einer rechtlichen Begründung als Argument verwendbar sind. Daher ist das geltende Recht nicht nur ihr Gegenstand, sondern sie gehören selbst zum geltenden Recht. Besonders deutlich wird das, wenn die Entscheidung einer Rechtsfrage von einer Theorie im Recht abhängt. Ein ausdrücklicher Rückgriff auf derartige Theorien ist in der Rechtsanwendung nicht stets erforderlich. In vielen Fällen genügt entweder das implizite Wissen von ihnen oder kommt es auf die von ihnen gelöste Zweifelsfrage nicht an. Auch Theorien im Recht muss man daher meist im Einzelnen nicht kennen, um sich im Recht zu orientieren.

Anders als Theorien über das Recht kommt Theorien im Recht allerdings in einzelnen Fällen für die Begründung wie für das Ergebnis einer Entscheidung rechtliche Relevanz zu, weil sie Teil dessen sind, worauf man rechtliche Aussagen stützen kann. So verweist die Rechtsprechung gelegentlich ausdrücklich auf Theorien, die zu einzel-

nen Normen oder Normkomplexen entwickelt wurden.¹ Wären diese anders beschaffen oder andere Theorien überzeugender, müssten die sie aufnehmenden Urteile anders ausfallen. Durch die Möglichkeit einer rechtfertigenden Bezugnahme unterscheiden sich Theorien im Recht von Theorien über das Recht. Letztere treffen lediglich Aussagen über das Recht, ohne ihrerseits den Grund innerhalb einer rechtlichen Begründung bilden zu können. Deshalb müssen sie anders als Theorien im Recht nicht die Detail-schärfe haben, die eine Entscheidung von Einzelfällen erlaubt, sondern können eine generalisierende Perspektive einnehmen. Die Willens-, Vertrags- und Imperativentheorien sind für sie daher paradigmatisch.

Im Gegensatz dazu thematisieren Theorien im Recht zwar meist lediglich einzelne Begriffe und Phänomene wie etwa die Kausalität einer Handlung oder die Grundsätze einer Interessenabwägung. Gleichwohl können auch sie generelle Eigenschaften des Rechts zum Gegenstand haben. Das ist etwa bei den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit der Fall, die Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen enthalten.² Das Recht thematisiert dann seine eigenen Eigenschaften und wird insoweit reflexiv. Eine Theorie im Recht muss sich daher nicht auf eine Binnenperspektive beschränken, sondern kann eine äußere Perspektive auf das Recht einnehmen. Das bedeutet nicht, dass Theorien im Recht ein Metarecht bilden, das im Recht enthalten ist und den Maßstab für seine Analyse sowie Bewertung liefert.³ Diese Vorstellung einer dem Recht inhärenten Rationalität, die es erst noch zu entdecken und zu entwickeln gilt, ist mit dem hier verwendeten Begriff einer Theorie im Recht zwar gut vereinbar, aber nicht zwangsläufig mit ihm verbunden. Denn für diesen Begriff ist es notwendig, dass die Theorie im Recht eine Größe darstellt, auf die man als Recht verweisen kann. Über ihren weiteren Inhalt und ihre sonstigen Eigenschaften ist damit indes nicht entschieden.

Dass es Theorien im Recht gibt, ist nicht offensichtlich. Denn es ist nicht ohne weiteres einsichtig, wie eine Theorie einen Rechtsstatus annehmen kann. Der Gesetzgeber verabschiedet schließlich keine Theorien, sondern Normen. Die Geltungskraft einer Theorie lässt sich daher zumindest nicht unmittelbar auf einen Gesetzgebungsakt stützen, so stark sich die Parlamentarier auch durch bestimmte Theorien leiten lassen mögen. Diese kann man dann in der Auslegung als *ratio legis* heranziehen. Solange sie als solche allerdings nicht im Gesetz niedergelegt und damit zu Recht geworden sind, müssen sie auf mehr beruhen als auf einer gesetzgeberischen Überzeugung von ihrer Richtigkeit. Ebenso wenig reifen sie durch Praktizierung zu Gewohnheitsrecht, da sie kaum von einer allgemeinen Überzeugung der Rechtsunterworfenen getragen werden. Damit fehlt bei ihrer Anwendung in aller Regel die für die Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderliche Überzeugung, Recht zu schaffen, überdies auch die dafür notwendige

1 Etwa BVerfG, NJW-RR 2007, 860 Rn. 20 („Kerntheorie“); BVerfGE 127, 1 Rn. 83 = NJW 2010, 3629 („Reinvermögenszugangstheorie“); BGH, NJW 2014, 854 Rn. 28 („Saldotheorie“).

2 Zur Bestimmtheit einer Rechtsnorm etwa BVerfG, NVwZ 2017, 1526 Rn. 36.

3 So die Rolle der Rechtswissenschaft nach H. Berman, *Faith and Order*, Cambridge 1993, 26.

Formulierbarkeit als Norm.⁴ Wie aber kann dann eine Theorie zu Recht werden und den geltenden Normen damit inhaltlich etwas hinzufügen?

Wenn eine Theorie lediglich die aufgrund der geltenden Normen gebildete Rechtslage wiedergäbe, könnte man direkt auf diese Normen verweisen, ohne dafür eine Theorie aufstellen zu müssen. Dann wäre die Relevanz dieser Theorie in Frage gestellt, da diese dann lediglich in gedrängter Form wiedergäbe, was man auch direkt dem Gesetz entnehmen kann. Damit würde überdies zweifelhaft, ob man eine Theorie im Recht unter denselben Begriff von Theorie fassen kann, wie er in den anderen Wissenschaften Verwendung findet. Denn insbesondere in den Natur- und in den empirischen Sozialwissenschaften sind Theorien universal anwendbar und besitzen damit eine größere Tragweite als Aussagen, die auf kontingenten Gesetzgebungsakten aufbauen und damit auch anders hätten ausfallen können. Ließen sich Theorien im Recht ausnahmslos auf das Gesetz zurückführen, fehlte ihnen daher zumindest auf den ersten Blick die Allgemeinheit, die in anderen Wissenschaften für eine Theorie erforderlich ist. Die vollständige Rückführung einer Theorie im Recht auf kontingente Gesetzgebungsakte steht daher mit ihrem Status als Theorie in Spannung.

Ginge die Theorie hingegen inhaltlich über den Gehalt der einzelnen Normen und der ihnen zugrundeliegenden Gesetzgebungsakte hinaus, ließe sie sich zwar gut von der Dogmatik abgrenzen, da sie dann nicht auf einer positivrechtlichen Grundlage beruht.⁵ Ebenso könnte man sie stattdessen auf verallgemeinerungsfähige Gründe stützen. Jedoch entstünde dann die Frage nach ihrer Legitimation in besonderer Schärfe. Man könnte dazu nicht mehr auf einzelne Gesetzesnormen verweisen und müsste andere Quellen heranziehen, die mangels eines konsentierten Naturrechts und des bleibenden Streits über grundlegende moralische Fragen mit einem besonderen Rechtfertigungsbedarf verbunden sind.

Dass die Gerichte oder die Rechtswissenschaft eine Theorie anwenden und von ihr überwiegend überzeugt sind, genügt für eine derartige Legitimation schon deshalb nicht, weil damit über ihren Inhalt nichts gesagt ist. Es bliebe unklar, warum konkurrierende Ansichten zurückzuweisen wären. Man mag für eine Theorie Sachgründe anführen, indem man etwa auf problematische Ergebnisse einer anderweitigen Kausalitätstheorie verweist. Indes verschiebt sich die Frage nach der Legitimation dann lediglich, indem erklärungsbedürftig wird, warum diese Gründe ihrer Art nach eine rechtliche Entscheidung bestimmen dürfen.

Damit entsteht das Dilemma, Theorien im Recht entweder die Relevanz und die Allgemeinheit abzuspochen, weil sie sich auf bereits bekannte gesetzliche Normen stützen, oder aber ihre Legitimation infragezustellen, da für das darüber Hinausgehende die Grundlage fehlt. Man kann für sie nicht gleichzeitig eine gesetzliche Legitimation und eine das Gesetz überschreitende Tragweite behaupten. In der Beschäftigung mit

4 Zu diesen Voraussetzungen F. Ossenbühl, in: J. Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, 3. Aufl., 2007, § 100 Rn. 57.

5 So O. Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt / O. Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 1, 4.

Theorien im Recht geht es daher zunächst nicht darum, welche von ihnen man für überzeugend hält, sondern um die fundamentalere Frage, auf welcher Grundlage und mit welcher Berechtigung man sie überhaupt entwickeln kann.

Diese Frage stellt sich umso dringender, als andere Rechtssysteme vielfach ohne einen ausdrücklichen Bezug auf Theorien im Recht auskommen,⁶ die Ablehnung „abstrakter philosophischer oder sozialwissenschaftlicher Theorie“⁷ in rechtsrealistischer Perspektive⁸ sogar bisweilen als Vorteil eines an der Praxis orientierten Rechts und seiner Akteure gepriesen wird. Die Berufung auf Theorien ist damit nicht selbstverständlich und dürfte zu den Eigenschaften gehören, durch die sich das deutsche Recht von einer Reihe anderer Rechtsordnungen unterscheidet. Auch das ist ein Anlass zur Frage, ob und wie sich derartige Theorien als Bestandteil des Rechtssystems verstehen sowie rechtfertigen lassen. Bieten sie einen Vorteil, der sich in der Rechtsanwendung bemerkbar macht, oder sind sie entbehrlicher Zierrat, der einem an konkreten praktischen Zielen orientierten Recht im Wege steht?

Angesichts der neuen Möglichkeiten, große Datenmengen zu verarbeiten und zu analysieren, droht der Entwicklung von Theorien zudem in einer weiteren Hinsicht Ungemach. Mit den gestiegenen technischen Möglichkeiten, durch Datenanalyse allgemeine Muster festzustellen, wird fraglich, ob damit auf allgemeine Aussagen zielende Theorien ihre Bedeutung verlieren. Denn solche Aussagen lassen sich dann auch auf andere und womöglich weniger kontroverse Weise treffen. Sie erlauben die Feststellung, dass in bestimmten Konstellationen ein Phänomen gehäuft auftritt. Weder bedarf es dafür der Klärung von Ursachen, noch der Aufstellung abstrakter Begriffe, noch der Formulierung von Grundsätzen oder Maximen.

Wegen dieser Möglichkeiten der Datenanalyse hat Anderson den „Tod der Theorie“⁹ angekündigt. Danach wären die praktischen Ziele einer Theorie, wie Voraussagen zu treffen oder Zusammenhänge aufzudecken, auf einfachere Weise erreichbar, ohne dass man dafür ein theoretisches Modell benötigte. Bedarf es also zur Analyse des Rechts lediglich fortgeschrittener Algorithmen, die etwa Gesetze und Gerichtsurteile als Rohdaten nutzen, um Korrelationen einzelner Begriffe sowie Phänomene festzustellen? Erleichtern sie die Anwendung des Rechts so stark, dass man auf eine Begriffsanalyse und Prüfung von Rechtstheorien nicht mehr angewiesen ist? Oder behalten Theorien im Recht und Theorien über Recht auch dann noch eine Bedeutung?

Ein vollständiger Relevanzverlust dieser Theorien erscheint schon deshalb als unwahrscheinlich, weil die Frage, ob die Datenanalyse die Entwicklung von Theorien

6 Zur vergleichsweise großen Theoriefreudigkeit in Deutschland C.-W. Canaris, *Theorie Rezeption und Theorienstruktur*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, hg. von J. Neuner, H. C. Grigoleit, S. 347, 349; zur Theorieausrichtung infolge der Pandektistik K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1006, S. 103, 139.

7 S. Shapiro, *Legality*, Cambridge, Mass., 2011, S. 357.

8 Anders aber noch O. W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 457, 477 (1899): „Theory is the most important part of the dogma of the law ...“

9 C. Anderson, *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*; 2008, <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/> (abgerufen 16.12.2017).

entbehrlich werden lässt, bereits eine Frage nach ihrem Sinn ist, der sich nicht durch Verweis auf diese Daten beantworten lässt. Wenn eine Theorie nicht mehr soll, als Häufigkeiten festzustellen, wird sie womöglich in der Tat durch Datenanalyse obsolet. Allerdings gilt das nicht, wenn sie ein Verständnis für das festzustellende Phänomen erleichtern soll. Es bedarf daher zunächst theoretischer Überlegungen, um Kriterien dafür zu entwickeln, wann Theorie entbehrlich wird. Selbst der Tod von Theorie ist damit eine Diagnose, die paradoxerweise auf einer Theorie beruht. Sie lässt sich diesen Daten nicht entnehmen, beruht auf einer durch sie nicht gedeckten Verallgemeinerung und widerlegt sich insofern selbst. Würde sie stimmen, gäbe es mindestens einen Anwendungsfall einer Theorie über das Recht, die eine allgemeingültige und auf andere Weise nicht erreichbare Aussage ermöglicht. Als Allaussage wäre sie dann widerlegt.

Im Recht sind stattdessen Entscheidungen zu treffen, die nicht nur in ihrem Ergebnis, sondern auch in ihrer Begründung verantwortet werden müssen. Zumindest Theorien im Recht lassen sich daher solange nicht durch bloße Häufigkeitsanalysen ersetzen, wie das Recht nicht seinerseits auf diese Analysen verweist und dadurch eine daran ausgerichtete Konkretisierung seiner Begriffe entbehrlich werden lässt. Es müssten daher erst noch die rechtlichen Grundlagen geschaffen werden, um den durch Algorithmen berechneten Aussagen den Status als Recht zuzusprechen. Selbst dann wären Theorien im Recht nicht entbehrlich, weil sie nicht auf die Frage beschränkt sind, wie häufig bestimmte Phänomene im Gesetz und in der es konkretisierenden Rechtsprechung vorkommen, so aufschlussreich beides auch sein mag. Vielmehr geht es ihnen auch um die Rechtfertigung allgemeiner dogmatischer Aussagen. Diese Rechtfertigung folgt nicht ohne weiteres aus einer Häufigkeitsanalyse, da es dafür zusätzlicher legitimierender Gründe bedarf, um ihre Berechtigung darzulegen.

Weniger eindeutig allerdings ist, ob eine derartige Analyse zumindest Theorien über das Recht in Frage stellt. Denn das Ziel dieser Theorien ist nicht die Herausbildung allgemeiner dogmatischer Aussagen. Vielmehr ist ihnen weitgehend unabhängig von Einzelphänomenen am Verständnis von Recht gelegen. Dieses kann durch eine Datenanalyse durchaus wachsen, indem sie etwa Hinweise auf den Zusammenhang von rechtlichen sowie empirischen Phänomenen gibt, die auf den ersten Blick nicht miteinander zusammenhängen. Lässt sich etwa zeigen, dass ein Verfassungsgericht typischerweise umso stärker ausgestaltet wird, je schwächer die an der Verfassungsgebung beteiligten Parteien sind, so liegt es nahe, es als eine Art Versicherung zu verstehen, die Parteien für den Fall treffen, dass sie eines Tages in die Minderheit geraten.¹⁰ Das nimmt anderen Begründungen, dass Verfassungsgerichte Grundrechte und die Rechtsstaatlichkeit der Staatsorganisation schützen, zwar den Nimbus einer umfassenden Erklärung, hebt deren Berechtigung allerdings nicht auf. Denn eine Theorie, die erklärt, warum ein Verfassungsgericht erforderlich ist, setzt sich nicht von allein durch. Sie ist auf eine Umsetzung angewiesen, die ihrerseits von einer Vielzahl anderer Faktoren abhängen kann und so auch von einer bestimmten Konstellation in der Verfassungsgebung.

¹⁰ T. Ginsburg, *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts*, *Theoretical Inquiries in Law* 3 (2002), 49, 81.

Generell vermag eine Datenanalyse daher zwar das Verständnis rechtlicher Phänomene zu erleichtern, dabei aber nicht alle Fragen zu klären, die Theorien über das Recht beantworten sollen. Ob etwa das Recht nur aus Normen besteht oder auch aus anderen Elementen wie den sie tragenden Gründen, lässt sich nicht aus der Häufigkeit ableiten, mit der Normen und derartige Gründe assoziiert werden. Denn dafür gilt es zunächst zu klären, welche Phänomene der Begriff des Rechts umfassen soll. Eine auf eine Datenanalyse gestützte Theorie über das Recht, die lediglich einen seiner Aspekte erklärt, vermag daher an anderen Zielen ausgerichtete Theorien nicht zu verdrängen. Zumindest von vornherein lässt sich nicht ausschließen, dass sich die Pluralität des Rechts und der mit ihm verbundenen Phänomene nur mittels pluraler Theorien erklären lässt, die unterschiedliche Ziele verfolgen und sich nicht ohne weiteres in einer einheitlichen Theorie zusammenfassen lassen.

Sinn und Berechtigung von Theorien über das Recht hängen dabei in erster Linie von den Verständniszielen ab, die man mit ihnen verfolgt. Sucht man beispielsweise nach Erklärungen dafür, unter welchen Bedingungen bestimmte Normen entstehen und zur Anwendung kommen, bedarf es anderer Theorien, als wenn man allein daran interessiert ist, ob sich sämtliches Recht vollständig auf Normen reduzieren lässt. Eine Theorie zu einer derartigen Frage wäre durch ein einziges Gegenbeispiel widerlegt, sodass es zumindest dafür nicht auf Häufigkeitsfeststellungen mittels Datenanalyse ankommt. Die seit Jahrhunderten geführte Debatte, was unter Recht zu verstehen ist,¹¹ bleibt daher für Theorien über das Recht aktuell. Ohne sie lässt sich nicht beantworten, ob man Recht restlos auf bestimmte Elemente wie Normen reduzieren kann. Der Tod der Theorie scheint daher wie der Tod der „alten Rechtsdogmatik“¹², das „Ende der Geschichte“¹³ oder das „Ende der Philosophie“¹⁴ eher ein Schlagwort als eine tragfähige Diagnose.

Theorien über das Recht verfolgen nicht das Ziel, das Recht ganz oder teilweise wiederzugeben, sondern sollen seine Entstehung sowie seine Eigenschaften erklären. Bisweilen wird ihnen oder ihren Prämissen¹⁵ dabei sogar eine das Recht konstituierende Rolle zugesprochen. Darin besteht ein Unterschied zu anderen wissenschaftlichen Theorien, die von der sie beschreibenden Wirklichkeit getrennt sind. Diese sind nach Lorenz Krüger „nicht mehr oder weniger wahr, sondern mehr oder weniger angemessen – angemessen nämlich an die Sache und an unsere Bedürfnisse“¹⁶. Danach muss und soll eine für ein bestimmtes empirisch feststellbares Phänomen entwickelte Theorie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Deren Komplexität lässt sich ohnehin nicht

11 Stellvertretend I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Original 1797, Akademieausgabe 1968, 229; R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1923, 24 ff.; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, 77 ff.

12 Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, 1973, 32.

13 F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, 1992, der damit allerdings in erster Linie die Durchsetzung der liberalen Demokratie meinte, aaO., 39 ff.

14 M. Heidegger, *Das Ende der Philosophie und die Aufgabe des Denkens*, in: ders., *Zur Sache des Denkens*, 4. Aufl., Tübingen 2000 (Original 1964), 61 ff.

15 J. Schuhr, *Rechtsdogmatik als Wissenschaft*, 2006, 45: „Die Prämissen rechtlicher Theorien konstituieren eine mögliche Rechtsordnung als abstrakten Gegenstand, deren Eigenschaften die Theorien dann darlegt.“

16 L. Krüger, *Einheit der Welt – Vielheit der Wissenschaft*, in: J. Kocka, *Interdisziplinarität*, 1987, 106, 116.

sinnvoll in einem Modell erfassen. Anderenfalls wäre es nur begrenzt erklärungskräftig. Modelle, denen eine Theorie zugrunde liegt, können mit dem Gegenstandsbereich, den sie erklären sollen, daher nicht identisch sein und insoweit nicht vollständig mit ihm übereinstimmen.

Das wirft einmal mehr die Frage auf, ob Theorien im Recht zutreffend als Theorie zu erfassen sind. Denn bei ihnen ist womöglich diese Identität mit dem Gegenstandsbereich zu konstatieren, für den sie entwickelt sind. Theorien im Recht können daher nicht im gleichen Sinne wie sonstige Theorien richtig oder falsch sein, weil sie entweder gelten und damit Teil des Rechts sind, oder aber nicht gelten und dann auch keine Theorien im Recht sind. Ebenso stellt sich bei Theorien über das Recht die Frage, ob und wie „unsere“ Bedürfnisse bei ihrer Entwicklung eine Rolle spielen können, da das Recht maßgeblich dafür da ist, Konflikte zwischen diesen Bedürfnissen zu lösen, und diese damit als uneinheitlich vorausgesetzt werden. Erfüllte Bedürfnisse können daher kaum das Kriterium für den Erfolg rechtlicher Theorien sein. Ein Wirklichkeits- und insofern Wahrheitsbezug ist unverzichtbar,¹⁷ so stark man auch den für eine Theorie konstitutiven Unterschied zu der von ihr erfassten Wirklichkeit betonen mag.

Bei Theorien im Recht lassen sich Theorie und Wirklichkeit überdies kaum trennen. Zählt eine Theorie zum Recht, dann ist sie dem Recht und den Bedürfnissen in seiner Erfassung nicht nur angemessen, sondern sie ist Teil von ihm und verfügt über Geltungskraft. Sofern man den Wahrheitsanspruch auf normative Aussagen überträgt,¹⁸ erstreckt er sich daher auch auf die aus Theorien im Recht ableitbaren Aussagen. Diese Theorien sollen dem Recht daher nicht nur nahekommen, sondern es verkörpern; ihre Aussagen müssen daher nicht nur „mehr oder weniger angemessen“, sondern zutreffend sein. Ihre Geltung lässt sich nicht graduieren. Mit der Entscheidung für eine Theorie im Recht geht daher ein rigoroser, andere Theorien ausschließender Anspruch einher.

Im Gegensatz dazu muss man einer Theorie über Recht keine Geltungskraft zu- oder absprechen. Sie kann man am Anspruch messen, etwas Zutreffendes über den Begriff des Rechts, seine Eigenschaften und sein Verhältnis zu anderen Größen zu vermitteln. Dieser Anspruch ist in mehr oder weniger starker Weise erfüllbar, sodass sie nicht mit einem so weitgehenden Anspruch wie Theorien im Recht verbunden sein müssen. Sie können sich mit dem Anspruch begnügen, das Verständnis des Rechts zu erleichtern, ohne den Anspruch auf uneingeschränkte Geltung zu erheben, der konkurrierende Theorien ausschließen würde. Anders als Theorien im Recht kann eine Theorie über Recht solchen Theorien zugestehen, sich in anderer, ebenfalls vorläufiger Weise dem Phänomen Recht zu nähern, selbst wenn diese ihr punktuell widersprechen. Der fehlende Zwang, Theorien über Recht die Geltung zu- oder abzusprechen, schafft insoweit einen Raum für eine größere Pluralität und Zurückhaltung im eigenen Anspruch.

Theorien über das Recht unterscheiden sich von Theorien im Recht zwar dadurch, dass nur letztere eine geeignete Größe darstellen, auf die man zur Begründung eines

17 Dieser Bezug wird deutlicher im Kriterium der Angemessenheit des Modells gegenüber der Welt („fit between a model and the world“), R. Giere, *Science without Laws*, 1999, 213.

18 Zur Debatte B. Williams, *Ethics*, i: A. C. Grayling, *Philosophy* (Hg.), Bd. 1, 1995, 545, 557 ff.

Rechtssatzes verweisen kann. Bei Theorien über das Recht ist das nicht voraussetzbar, da sie sich womöglich auf eine rechtsexterne¹⁹ Perspektive beschränken. Gleichwohl kann es Theorien geben, die neben Einsichten zur Eigenart und zur Funktionsweise von Recht auch Aussagen formulieren, die einen rechtlichen Status beanspruchen. In diesem Fall lassen sie sich nicht allein einer der beiden Theoriegruppen zuordnen, sondern stellen sowohl eine Theorie über das Recht als auch eine Theorie im Recht dar. Rechtstheorien können damit je nach ihrer Ausgestaltung zu einer oder zu beiden Arten von Theorien zählen. Ihre Unterscheidung markiert eine mögliche, aber keine notwendige Beschränkung des Gegenstandsbereichs einer Rechtstheorie.

So begreift Dworkin das Recht als praktizierte Philosophie und hält Urteilsbegründungen für ein „Stück Rechtsphilosophie“.²⁰ Seine Theorie wäre daher sowohl eine über das Recht („law as integrity“)²¹ als auch eine Theorie im Recht, da man auf sie in der Rechtsanwendung des Common Law verweisen könnte. Selbst positivistische Theorien, die lediglich erklären wollen, was in einem etablierten Rechtssystem unter Recht zu verstehen ist und sich insoweit auf eine Theorie über das Recht beschränken, ohne normative Empfehlungen zu geben, lassen sich als Theorien interpretieren, die Bedingungen formulieren, unter denen eine Berufung auf Recht erfolgen kann.²² Damit stellen sie zumindest implizit Behauptungen darüber auf, was als Recht zu gelten hat, sodass man zur Entscheidung dieser Frage in Zweifelsfällen auf diese Theorien verweisen müsste, wenn man sie denn für richtig hält. Da aber die Entscheidung, ob eine Norm oder ein Begriff zum Recht gehört, ihrerseits eine rechtliche Entscheidung darstellt, gehören die sie bildenden Aussagen insoweit zu Theorien im Recht.

Gleiches lässt sich über eine Vielzahl jüngerer Theorien zeigen, von denen hier stellvertretend nur die Planungstheorie von Scott Shapiro genannt sei.²³ Auch er erhebt einerseits den Anspruch zu definieren, was Recht ist.²⁴ Das soll unabhängig von einem bestimmten Rechtssystem und der in ihm enthaltenen Theorien gelten. Insoweit handelt es sich um eine Theorie über das Recht. Andererseits zieht seine Theorie zugleich Konsequenzen für die Interpretation des geltenden Rechts.²⁵ Das legt nahe, dass man auf die so entwickelten Grundsätze in der Rechtsanwendung verweisen muss, wenn man Recht mit Shapiro als einen Plan begreift. Insoweit wäre die dabei entwickelte Theorie der „Meta-Interpretation“ eine Theorie im Recht.

Dass zahlreiche Theorien sowohl Elemente einer Theorie im Recht als auch Elemente einer Theorie über Recht enthalten, stellt diese Unterscheidung nicht in Frage, sondern hilft zu klären, welchen Anspruch und welche Tragweite eine Theorie jeweils hat. Dabei sind alle Kombinationen denkbar: Theorien, die lediglich einzelne dogmatische Fragen klären, ohne einen weitergehenden Anspruch zur Charakterisierung des Rechts aufzu-

19 D. von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2. Aufl., 2011, 177.

20 R. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, 90.

21 AaO., S. 176 ff.

22 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960., 31 ff.

23 S. J. Shapiro, *Legality*, 2011, 118 ff.

24 AaO., 193 ff.

25 AaO., 355 ff.

stellen; philosophische Theorien, die sich auf diesen Anspruch einer äußeren Erfassung des Rechts beschränken, und schließlich Theorien, die beides miteinander kombinieren.

Um eine Aussage einer dieser Theoriegruppen zuzuordnen, wäre es zunächst erforderlich, den Theoriebegriff zu klären, der dabei jeweils vorausgesetzt wird. Bei Theorien im Recht und über Recht kann es etwa kaum um eine „in sich selbst stimmige Selbstausslegung im Wirkungskomplex der Welt“²⁶ gehen, die Gerhardt im Kontext der Philosophie als für eine Theorie maßgeblich ansieht. Denn den für das Recht relevanten Theorien ist nur begrenzt an der Selbstausslegung gelegen, so stark das Recht auch mit den es konstituierenden Menschen und Institutionen zusammenhängen mag. Bestimmt man Theorien stattdessen als eine aufeinander abgestimmte Menge „allgemeiner Sätze“²⁷ zum Recht, so wäre eine Vielzahl von miteinander verbundenen Behauptungen bereits eine Theorie. Das dürfte miterklären, warum der Theoriebegriff im Recht mitunter inflationär verwendet wird, indem darunter bereits Antworten auf interpretatorische Detailfragen verstanden werden. Die Behauptung, dass ein Tatbestandsmerkmal einen Vorsatz verlangt, genügt dann etwa, um sie als „subjektive Theorie“²⁸ zu bezeichnen.

Im Vergleich zu Großtheorien wie der Diskurs- oder Systemtheorie klingt diese Verwendung des Theoriebegriffs für die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale merkwürdig, da erstere in ihrer Entwicklung einen ungleich größeren Aufwand als diese erfordern, über eine größere Tragweite verfügen und als eine Art Großerzählung eine Gesamtperspektive auf das Recht eröffnen. Indes fällt es schwer, ein genaues Kriterium zu benennen, mit dem sich der Theorieanspruch für Detailansichten zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen zurückweisen lässt. Denn immerhin lassen sich auch diese Ansichten auf allgemeine Gründe stützen.

Ebenso ist allein der Begründungsaufwand kein geeignetes Kriterium für die Einordnung als juristische Theorie, da dann die unplausibelsten Behauptungen schon dadurch zu einer Theorie würden, dass sie auf eine Vielzahl begründungsbedürftiger Annahmen gestützt werden und damit einen enormen Begründungsaufwand verursachen. Ebenso wenig genügt für eine juristische Theorie, von konkreten Umständen wie einzelnen Namen, Orten und Zeiten zu abstrahieren, da dies schon der Form nach den meisten gesetzlichen und außergesetzlichen Normen inhärent ist. Daher kann man die Abstraktion von konkreten Umständen nicht als ausreichend für eine Rechtstheorie ansehen.

In Anlehnung an Theorien über empirische Phänomene könnte man darüber hinaus verlangen, dass eine rechtliche Theorie von einer einzelnen Norm abstrahiert und eine begründete Behauptung für eine Vielzahl von Normen aufstellt. Entsprechend ließe sich dann zwischen einer theoretischen und einer angewandten Rechtswissenschaft unterscheiden. Der theoretischen Rechtswissenschaft ginge es um die Entwicklung allgemeiner Aussagen zu rechtlichen Normen, wofür methodische Überlegungen paradigmatisch sind. Die angewandte Rechtswissenschaft hätte demgegenüber das Ziel, diese allgemeinen Einsichten auf die einzelnen Normen anzuwenden. Paradigmatisch dafür

26 V. Gerhardt, *Selbstbestimmung*, 1999, S. 72.

27 K. Popper, *Logik der Forschung*, 10. Aufl., 2002, S. 31.

28 Etwa BGHZ 61, 153 (160) = NJW 1973, 1685 (1686).

stünde eine Kommentierung einzelner Vorschriften, die keine allgemeinen Einsichten entwickelt, sondern diese nur anwendet.

Diese Unterscheidung schlosse allerdings aus, dass man Überlegungen zu einzelnen zentralen Rechtsbegriffen wie Gleichheit oder Würde als Theorie erfassen könnte, da diese dann bereits nach ihrem eigenen Anspruch nur für diejenige Norm relevant wäre, die wie Art. 1 und Art. 3 GG dem jeweiligen Begriff zugrunde liegt. Indes können diese und andere Normen samt ihrer Begriffe eine so zentrale Stellung einnehmen, dass es sich lohnt, zu ihrem Verständnis und ihrer Konkretisierung eine Theorie zu entwickeln, die auf verallgemeinerbare Gründe gestützt ist. Dass sie nur für eine einzelne Norm gilt, wäre schon deshalb kein überzeugender Einwand, weil diese wie im Falle der Grundrechte und Generalklauseln für eine Vielzahl anderer Normen Relevanz hätte.

Der Theoriebegriff im Recht lässt sich daher nicht ohne weiteres in Analogie zu natur- und sozialwissenschaftlichen Theorien entwickeln, sondern muss die Eigenarten des Rechts als einer normativen Ordnung ernst nehmen, die auf einzelnen kontingenten Normen aufbaut. Sich mit der rechtswissenschaftlichen Theoriebildung trotz der Vielzahl der hier nur angedeuteten Schwierigkeiten zu befassen lohnt schon deshalb, weil als Alternative eine Theorielosigkeit oder gar Theoriefeindlichkeit droht. Sie pflegt als solche zwar selten ausdrücklich formuliert zu werden, ist in der Anwendung und Behandlung des Rechts aber gleichwohl häufig genug zu konstatieren.

Was also ist eine Theorie im Recht, was eine Theorie über Recht? Gelten Theorien oder sind sie wahr? Sind sie mehr oder weniger angemessen oder nur mehr oder weniger überzeugend? Schließen sie konkurrierende Theorien aus oder ist ihr Anspruch von vornherein so begrenzt, dass sie mit einer Vielzahl anderer Perspektiven vereinbar sind? Unterscheiden sie sich von Theorien anderer Wissenschaften oder stellen sie lediglich einen Anwendungsfall eines allgemeineren Theoriebegriffs dar? All das scheint so unklar und diskussionsbedürftig, dass eine Erörterung lohnt. Dazu soll dieser Sammelband beitragen. Angesichts der Tragweite dieser Fragen kann er sich ihnen nur punktuell nähern, ohne sie alle behandeln oder gar klären zu können.

Aufgrund der Pluralität von Theoriebegriffen ist die Unterscheidung und Verbindung rechtswissenschaftlicher Theorien zu anderen Wissenschaften eine erste wichtige Aufgabe. Daher beginnt dieser Band mit einem Beitrag von *Julian Nida-Rümelin*, in welchem er eine realistische und kohärentistische Theorie von Moral und Recht vorstellt. Für deren Verhältnis geht er einerseits von einer lebensweltlich existenten Einheit des normativen Sollens aus, der andererseits die unbestreitbare Vielfalt der Normativitätsquellen gegenüberstehe. Zur Überbrückung könne die normative Kraft von Konventionen dienen. Im nächsten Schritt verbindet er den erkenntnistheoretischen Kohärentismus mit einem metaethischen Realismus. Hierfür schlägt er einen normativen Realismus ohne Ontologie vor, den er als unaufgeregt bezeichnet. Schließlich seien Wahrheit und Begründung zwei sorgfältig zu unterscheidende Größen, wobei er für eine epistemische Perspektive des natürlichen Realismus plädiert, welcher in die auf einen realistischen Wahrheitsbegriff und einen kohärentistischen Begründungsbegriff gerichteten Diskurspraktiken eingebettet sei.